مُشكلة الرأي المخالف

في الأحكام القضائية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون العراقي والمقارن

للأستاذ : ضياء شيت خطاب

الجزء الأول المجلد الخامس والثلاثون





ربيع الثاني ١٤٠٤ هـ
كانون الثاني ١٩٨٤ م

الجزء الاول   المجلد الخامس والثلاثون

مجلة المجمع العلمي العراقي



ربيع الثاني ١٤٠٤ هـ
كانون الثاني ١٩٨٤ م

مُشكِلة الرأيِ المخالِف

في الأحكام القضائية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون العراقي والمقارن

للأستاذ : ضياء شيت خطاب

(عضو المجمع)

١ ـ المقدمة : ـ

كانت مشكلة الرأي(١) المخالف في الأحكام القضائية ـ ولا تزال ـ مثار جدل بين القضاة والفقهاء . وتثور هذه المشكلة عندما تكون المحكمة مؤلفة من عدة قضاة كمحكمة الاستئناف او محكمة التمييز . أما إذا كانت المحكمة مؤلفة من قاض فرد فلا وجود لهذه المشكلة، كمحكمة البداءة اومحكمة الاحوال الشخصية او المحكمة الإدارية . فهل يجب أن تصدر الأحكام باتفاق الآراء عند تعدد القضاة في محكمة واحدة ام بالأكثرية ؟ وهل يحق للقاضي المخالف أن يدون مخالفته ؟ وهل يصح لذوي الشأن او للمواطنين الاطلاع عليها ؟ وهل ينطق القاضي بمخالفته ام تبقى طيّ الكتمان ؟ وهل تجري المداولة بين قضاة المحكمة علناً ام سراً ؟ وهل يكتب في الحكم القضائي أنه صادر بالاتفاق ام بالأكثرية ام لا يكتب لا هذا ولا ذاك ؟ .

هذه هي بعض مشاكل العمل القضائي، يشعر بها كل قاض يعمل في هيئة مكونة من عدة قضاة . فما هي انواع الرأي المخالف ؟ .

---

(١) الرأي : الاعتقاد اسم لامصدر والجمع آراء راجع لسان العرب ج ١٩ ص ١٣ وكذا اساس البلاغة للزمخشري ص ٢١٤ . وفي المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية بالقاهرة ، الرأي : الاعتقاد والرأي : العقل، والرأي : التدبير (ج) آراء ص ٣٢٠ . والرأي : الاعتقاد راجع : An Arabic English Lexicon تأليف المستشرق ادور وليم لين ج ٣ طبعة ١٩٦٨ بيروت .

٢ - انواع الرأي المخالف : -

يكون الرأي المخالف على نوعين (الأول) أن يكون رأي الأقلية من القضاة مخالفاً لرأي الأكثرية في منطوق الحكم القضائي ، فقد ترى الأكثرية من القضاة تصدق الحكم المطعون فيه لدى محكمة التمييز ، بينما ترى الأقلية نقض الحكم القضائي ، وفي محكمة الاستئناف قد ترى الأكثرية ان الحكم يجب ان يكون لصالح المستأنف وترى الاقليـة أن الحكم يجب ان يكون لصالح خصمه – المستأنف عليه – وهذا هو النـوع الاول للـرأي المخالف Dissenting Opinion وهذه المخالفة تكون في الاسباب وفي نتيجة الحكم القضائي (والنوع الثاني) أن يتفق قضاة المحكمة على تصديق الحكم او نقضه ولكنهم يختلفون في اسباب التصديق او النقض، وفي هذه الحالة يصدر الحكم القضائي باتفاق الآراء بالتصديق او النقض ، ولكنه يصدر بالاكثرية بالنسبة الى تسبيب الحكم، وهوما يسمى بالرأي الموافق من حيث النتيجة فهو رأي مستقل موافق (٢) . Concurring Opinion

وتختلف النظم القانونية المعاصرة في هذه المشكلة ، فالبعض منها لا تسمح بالرأي المخـالف ، وتحرم على القاضي ان يدوّن مخالفته ، تأسيساً على أن المداولة في اصدار الاحكام القضائية سرّية ، فلا يجوز افشاؤها ، لأن كتابة الرأي المخالف يدل على افشاء سرّية المداولة ، وحتى إذا صدر الحكم برأي الأكثرية ، فإنه ينسب الى المحكمة بكامل هيئتها ؛ فلا يدوّن في الحكم أنه صادر بالاتفاق او بالأكثرية . وبعض النظم القانونية الأخرى تسمح للقاضي ببيان مخالفته وتدوينها ، ولكنه لا ينطق بها ، بل تحفظ في اضبارة الدعوى

(٢) محمد عبدالخالق عمر : الفقه والقضاء في قانون المرافعات المدنية – ص ٥٧ – مكتبة القاهرة الحديثة .

ولا يسمح لأحد الإطلاع عليها . وتوجد بعض النظم القانونية الأخرى تذهب الى أبعد من ذلك ، اذ تسمح للقاضي المخالف ان ينطق بالمخالفة ، ويطلع عليها الخصوم ؛ وتنشر بجانب رأي الأكثرية من القضاة التي اصدرت الحكم القضائي . فما هي مزايا الرأي المخالف وما هي مساوئه .

٣ ـ مزايا الرأي المخالف : ـ

إنّ مزايا الرأي المخالف في الأحكام القضائية هي :

اولاً : ـ يؤدي الرأي المخالف في الاحكام القضائية الى بذل مزيد من الجهد في دراسة الدعوى . اذ عندما تجتمع هيئة المحكمة للمداولة في الحكم ، فان من حق كل قاض اشترك في المرافعة أن يبدي رأيه في الدعوى لاصدار الحكم فيها . لأن كل قاض يدافع عن وجهة نظره ، ويبدي من الأسباب القانونية التي تؤيد رأيه وقد يؤدي ذلك الى اعادة دراسة الدعوى مجدداً ، وبذل مجهود اكبر في تفهم الدعوى ، وتطبيق القانون على دقائقها (٣) .

ثانياً : ـ ليس من الصواب في شيْ أن يحال بين القاضي الذي اشترك في المداولة وصدر الحكم على خلاف رأيه، في ابداء وجهة نظره وتدوين مخالفته ، لأن الحيلولة بينه وبين تدوين مخالفته مؤذية لضميره ، وشعوره بقيمة رأيه (٤) .

ثالثاً : ليس من مصلحة القضاء إقامة الحكم على الوهم والافتراض بدلاً من حقيقة الواقع ، فما دام الحكم القضائي ، لم يكن صادراً باتفاق آراء القضاة ، فإن نسبته اليهم جميعاً هو افتراض وليس حقيقة واقعة .

(٣) Sir Henry slesser, The Art of judgment, London 1962 p. 4.

(٤) احمد ابو الوفا ـ نظرية الاحكام في قانون المرافعات ص ٧٩ الطبعة الرابعة ١٩٨٠ منشأة المعارف بالأسكندرية .

رابعاً : إنّ من مصلحة كل خصم في الدعوى ان يعرف رأي كل قاض في الدعوى .

خامساً : إن بيان الرأي المخالف يكشف عن المصاعب التي يصادفها القضاة في تطبيق القانون على وقائع الدعوى ؛ وفيه تنبيه للمشرع بوجوب ملاقاة الغموض الذي يعترى بعض النصوص القانونية .

سادساً : إن اختلاف الرأي دليل على حيوية القضاة وبرهان على محاولة كريمة تنشد الحق والعدل وسياق القانون . (٥) .

سابعاً : يعطى الرأي المخالف في الأحكام القضائية صورة صادقة ، وحقيقة واقعة ؛ للعمل القضائي .

ثامناً : إن الاختلاف في الرأي بين القضاة ظاهرة طبيعية ، لا يمكن تجنبها ، ولهذا فإن فتح ابواب التعبير عنها هي الوسيلة الوحيدة لإراحة ضمير القاضي وتبرئة ذمته ، واكثر اتفاقاً مع كرامة القضاة واستقلالهم في اصدار الأحكام (٦) .

٤ ـ مساوىء الرأي المخالف : ـ

إن مساوئ الرأي المخالف في الاحكام القضائية هي : .

اولاً : إنّ بيان الرأي المخالف والنطق به قد يشكك في سلامة الحكم القضائي وقوته . لأنه صادر باكثرية آراء القضاة وليس باتفاقهم .

ثانياً : وجوب إحاطة عملية اصدار الحكم القضائي بسرّية تامة ، وان الاشارة الى الحكم بأنه قد صدر بالأكثرية ، فيه افشاء لسرّية المداولة ، اذ سيعرف

(٥) محمد عبدالخالق عمر — المرجع السابق ص ٦٨ .

(٦) Charles Maeching, The Right to dissent in Free Society, American Bar Assciolion Journal, p. 852 — 55. Sept. 1969.

الخصوم اسماء القضاة المخالفين للحكم وفي ذلك افشاء لسرّية المداولة (٧)

ثالثاً : إنّ بيان الرأي المخالف قد يضعف الثقة بالعدالة القضائية .

رابعاً : إنّ الاختلاف في الرأي القضائي ، وبيان اسماء القضاة المخالفين قد يخلق عداوة لهم من قبل بعض الخصوم في الدعوى .

خامساً : يؤدي الرأي المخالف لأكثرية رأي القضاة الآخرين في الحكم القضائي الى خصومات بين القضاة انفسهم .

سادساً : إن الخلاف في الرأي قد يؤدي الى تحول الأقلية المخالفة الى رأي الآخرين في دعوى مماثلة فيصدر حكم مخالف للحكم السابق وبذلك يحدث تعارض في الأحكام القضائية صادرة من نفس المحكمة .

٥ ـ الرأي المخالف في الفقه الاسلامي : ـ

يأخذ الفقه الإسلامي بنظام القاضي الفرد ، ويعلل ذلك الفقهاء ان تعدد القضاة يؤدي الى تعذر اتفاقهم في الرأي مما يؤدي الى تعطل الفصل في الخصومات (٨) ولهذا فلا وجود لمشكلة الرأي المخالف في الأحكام القضائية . ولكن في الفقه الإسلامي نظاماً فريداً هو مشاورة القاضي للفقهاء . فالقاضي مأمور بالمشاورة في احكامه وقضاياه (٩) ولا ينبغي ان يشاور الفقهاء بمحضر من الخصوم ، لكيلا يعلم الخصوم ما يدور بين القاضي وبين من يشاوره ، وما يعزم عليه رأيه(١٠) وليس على اهل الشورى إذا خالفوه في حكمه ان يعارضوه

(٧) Kurt Nadelman, The Judicial dissent, American Journal of Compara- tive low, November & Nnmber 4 1954, p. 412.

(٨) محمد سلام مدكور :- القضاء في الاسلام ص ٥٦ القاهرة .

(٩) الماوردي في أدب القاضي تحقيق الدكتور محيي هلال السرحان ج ١ ص ٢٦٠ .

(١٠) الخصاف - شرح أدب القاضي تحقيق الدكتور محيي هلال السرحان ج ١ ص ٣٦٣ .

فيه ولا يمنعوه منه إذا كان اهلاً للاجتهاد(١١) وبذلك يمكن القول إن مشارة القاضي للفقهاء تكون سرّية وإن للقاضي ان يختار من اقوال الفقهاء الذين استشارهم ما يؤدي اليه رأيه ، ويصدر حكمه في الدعوى حسب اجتهاده .

٦ ـ النظم القضائية التي لا تسمح بتدوين الرأي المخالف : ـ

إن التنظيم القضائي الفرنسي لا يسمح للقاضي المخالف بتدوين مخالفته او النطق بها(١٢) اذ تكون المداولة بين القضاة سرية (مادة ٤٤٧ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر سنة ١٩٧٥) وتصدر القرارات والأحكام باكثرية الأصوات (مادة ٤٤٨ منه) . ولكن الحكم ينسب الى هيئة المحكمة بكاملها . وليس في القانون الفرنسي نص قانوني يجيز للقاضي المخالف تدوين مخالفته ، وقد قررت محكمة التمييز الفرنسية نقض ما اشير فيه الى ان قرار المحكمة صدر بالاتفاق لأن ذلك يفيد بمفهوم المخالفة ما دار اثناء المداولة بينما يجب ان تكون المداولة سرّية (١٣) .

وفي القانون الايطالي يجتمع قضاة الهيئة في غرفة مغلقة للمداولة بسرّية ، ولا يسمح للقاضي المخالف بتدوين مخالفته سواء اصدر الحكم بالاتفاق ام بالأكثرية (مادة ٢٧٦ من قانون المرافعات المدنية الإيطالي) بل ينسب الحكم الى هيئة المحكمة بكاملها ، دون الإشارة الى القاضي المخالف وهو في هذا يتفق مع القانون الفرنسي ومع سائر القوانين التي تأخذ بنظام القانون المدني (١٤) .

---

(١١) الماوردي المرجع السابق ص ٢٦١ .

(١٢) Petter Harzog, Martha : Civil Procedure in France p. 286.

(١٣) مشار اليه في القانون القضائي الخاص لإبراهيم نجيب سعد ج ٢ ص ٢١٢ .
Cass. Soc. 15 Jon 1964.

(١٤) Cappelletti, Perillo, Civil Procedure in Italy p. 243.

وقد تأثر بالقانون الفرنسي بعض القوانين في البلدان العربية ، ففي جمهورية مصر العربية ، تكون المداولة في الأحكام سراً بين القضاة مجتمعين ، وتصدر الاحكام بأغلبية الآراء (المواد ١٦٦ و ١٦٩ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) . وتنتهي المداولة بأخذ الرأي بين القضاة ويصدر الحكم برأي الأغلبية المطلقة ، وينسب الحكم الى المحكمة بكامل قضاتها ، دون بيان لما إذا كان الحكم قد صدر بالاجماع او بالأغلبية .

وكان مشروع قانون المرافعات يشتمل على نص يجيز لأصحاب الرأي المخالف من القضاة اثبات الرأي المخالف في ذيل الحكم ، ولكن دون اعلان ذلك للخصوم ، إلا أن مجلس الشيوخ رأى حذف هذا النص فصدر قانون سنة ١٩٤٩ خلواً منه (١٥) .

وفي قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ تكون المداولة في الأحكام سرّية بين القضاة مجتمعين وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء (مادة ١١٢ منه) . ولم ينص القانون على جواز تدوين القاضي المخالف لرأيه ، ولا يذكر في الحكم كونه صادراً بالاجماع ام بالأغلبية ؛ بل ينسب الى المحكمه بكامل هيئتها .

وفي قانون المرافعات المدنية والتجارية في حكومة البحرين لسنة ١٩٧١ ، تكون المداولة في الاحكام إذا تعدد القضاة سرّية ، وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء (مادة ١٨٧ منه) . وليس في القانون نص يجيز للقاضي المخالف تدوين مخالفته او اعلانها ، بل ينسب الحكم للمحكمة سواءاً صدر بالإجماع ام بالأغلبية .

وفي قانون اجراءات المحاكم المدنية لسنة ١٩٧٠ في حكومة ابوظبي

(١٥) عبدالباسط جميعي ومحمد عبدالخالق عمر في موجز الاحكام وطرق الطعن الملحق بشرح قانون الاجراءات المدنية ص ٤٦٩ القاهرة ١٩٦٦ .

نصت المادة ٥١ منه بأنه بعد الفراغ من سماع القضية تصدر المحكمة حكماً إما في نفس الجلسة او في جلسة لاحقة تحددها لهذا الغرض ثم بينت المادة ٥٢ منه محتويات الحكم وهي ان يكون الحكم مشتملاً على نقاط النزاع بين الأطراف وحكم المحكمة بصدد كل من تلك النقاط ، واسباب الحكم وتاريخ صدوره . ولم ينص القانون على سرية المداولة ، كما انه لم ينص ايضاً على جواز تدوين القاضي لرأيه المخالف لرأي الأغلبية .

وفي قانون الإجراءات المدنية في الجزائر الصادر سنة ١٩٦٦ ، نصت المادة ١٤٢ منه بأنه بعد اقفال باب المناقشة يحيل المجلس الدعوى للمداولة ، ويحدد اليوم الذي يصدر فيه حكمه . ولم ينص القانون على صدور الحكم بالاتفاق او بالاكثرية . وليس فيه نص قانوني على جواز مخالفة احد القضاة لرأي الأكثرية او تدوين مخالفته .

وفي المملكة المغربية نصت المادة ٣٤٥ من قانون المسطرة المدنية (المرافعات المدنية) الصادر سنة ١٩٧٤ بأن تكون القرارات معللة ويشار الى أنها صدرت في جلسة علنية ، وأن المناقشات كانت في جلسة علنية او سرّية ، وليس في القانون المغربي نص قانوني يجيز للقاضي المخالف تدوين مخالفته او النطق بها.

وفي القانون التونسي نص الفصل ١٢٠ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على أن يصدر الحكم من ثلاثة حكام بأكثرية الآراء ، ونصت المادة ١٢١ منه بأن تكون المفاوضة سرّية وعندما تحصل الأغلبية تحرر لائحة في نص الحكم . وليس فيه نص قانوني يجيز للقاضي المخالف بتدوين مخالفته او اعلانها . وفي قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي الصادر سنة ١٩٥٣ ، تجري المداولة في الحكم سراً في غرفة المداولة ، وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء (مادة ٢٧٢ منه) وليس فيه نص قانوني يجيز للقاضي المخالف تدوين مخالفته بل إن الحكم ولو كان صادراً بالأغلبية ، فإنه ينسب الى المحكمة بكامل قضاتها.

وبذلك تكون كل من قوانين فرنسا وايطاليا ومصر والكويت والبحرين وابو ظبي والجزائر والمغرب وتونس وليبيا قد خلت قوانينها من نصوص قانونية تجيز للقاضي المخالف لرأي الأكثرية من القضاة ، أن يدون مخالفته او ينطق بها ؛ بل إن الحكم وإن كان صادراً بالأكثرية ، فإنه ينسب الى المحكمة بكامل قضاتها التي نظرت الدعوى ؛ ولا يدون في الحكم القضائي كونه صادراً بالاتفاق او بالأكثرية .

٧ - النظم القضائية التي تسمح بتدوين الرأي المخالف : -

يأخذ القانون الانكليزي بمبدأ الرأي المخالف في الأحكام القضائية ومنه أخذت بعض القوانين الأخرى ؛ كالقانون الامريكي ، والقانون الباكستاني والقانون الهندي ، كما أخذ بالرأي المخالف ايضاً كل من القانون السويسري والقانون السوفييتي والقانون التركي ففي المحاكم الانكليزية عند تعدد القضاة ؛ فإن من حق كل قاض ان يعبر عن رأيه المخالف لرأي زملائه القضاة ؛ عند اصدار الحكم القضائي ، ويعلن هذا الرأي ، منفصلاً عن رأي الآخرين ويقرأ من قبله عند النطق بحكم الأكثرية من القضاة . (١٦) .

اما في الولايات المتحدة الامريكية ، فإن المحكمة الاتحادية العليا في واشنطن المكونة من تسعة قضاة بما فيهم رئيس المحكمة ، تجتمع كل يوم اثنين ، لتصدر احكامها ، ونادراً ما يصدر الحكم بالاتفاق ؛ فإذا حصلت الاكثرية كلف رئيس المحكمة احد القضاة لكتابة الحكم القضائي ؛ وقد يقوم هو بنفسه لكتابته ، فإذا اختلف بعض القضاة مع الاكثرية في اسباب الحكم ، فإنه يوافق على الحكم من حيث النتيجة ، ولكنه يكتب اسباباً تختلف عن

(١٦) René David, John Braily, Magor Legal Systems in the world to day p. 310, London 1968.

الأسباب التي وافقت عليها اكثرية القضاة . اما اذا خالف بعض القضاة نتيجة الحكم ، فإنه يكتب رأياً مخالفاً ؛ وبعد كتابة رأى الاكثرية ورأي الأقلية ، يتلى حكم الأكثرية اولاً من قبل القاضي الذي كتبه ، ثم تعقبه الآراء الموافقة له من حيث النتيجة ؛ والآراء المخالفة للحكم ، وتنشر هـذه الآراء جميعاً في مجموعات احكام المحكمة العليا (١٧) .

وفي قانون الإجراءات المدنية السوفييتي الصادر سنة ١٩٦١ ، فإنّ المادة ٣٧ منه قد نصت على انه يصدر قرار المحكمة بأغلبية الأصوات ويحق للقاضي الذي بقي ضمن الأقلية أن يدون رأيه الخاص الذي يضم الى ملف الدعوى وهـذا الرأي لا يعلن في جلسة المحكمة ، بل يكون محل اعتبار لدى المحكمة العليا عند الطعن بالحكم الصادر بالأكثرية (١٨) . وأن رأي الأكثرية هو الذي ينطق به .

اما من الناحية الدولية فقد نصت المادة ٥٧ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية على ما يأتي (إذا لم يصدر الحكم كاملاً او جزءاً باجماع آراء القضاة فيحق لأي منهم ان يبين رأياً مستقلاً) . وأن رأي الأكثرية من القضاة ، ورأي الأقلية ينشران في مجموعة احكام محكمة العدل الدولية . وبذلك تكون محكمة العدل الدولية تأخذ أيضاً بالرأي المخالف في الأحكام القضائية .

أما في القوانين العربية ؛ فإن كلا من القانون العراقي والقانون الأردني والسعودي والقانون اللبناني والقانون السوري قد أخذت بالرأي المخالف في الأحكام القضائية .

(١٧) Douglas, The Dissenting Opinion, The Supreme Court p. 15.

(١٨) V. Terebilov, The Soviet Court p. 145, Moscow 1973.

ففي الأردن نصت المادة ١٨٥– ٢ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية المعدل حتى سنة ١٩٧١ على ما يأتي (تصدر المحكمة قرارها بالاجماع او بالاكثرية وعلى القاضي المخالف أن يبين اسباب مخالفته في ذيل القرار ويوقعها) وبذلك يكون القانون الأردني قد أخذ بالرأي المخالف وسمح للقاضي المخالف بتدوين مخالفته في ذيل القرار او الحكم الصادر بالأكثرية .

اما في المملكة العربية السعودية فقد نصت المادة ٣٤ من نظام القضاء على ما يأتي (تصدر الأحكام بالإجماع او بالأغلبية ، وعلى المخالف توضيح مخالفته واسبابها في ضبط القضية وعلى الأكثرية ان توضح وجهة نظرها بالرد على مخالفة المخالف في سجل الضبط) . وبذلك يكون التنظيم القضائي السعودي قد أخذ بمبدأ الرأي المخالف في الأحكام القضائية وأضاف اليه أن على أكثرية القضاة ان يردّوا على رأي الأقلية المخالفين، مما لا مثيل له في النظم العربية الأخرى ؛ ويعتبر متقدماً على بعض قوانين البلدان العربية .

أما في القانون اللبناني ، فقد نصت المادة ٤١١ من قانون اصول المحاكمات المدنية على ما يأتي (يصدر الحكم باجماع الآراء او بأكثريتها ، فاذا صدر الحكم بأكثرية الآراء يشار فيه الى ذلك ، وعلى القاضي المخالف أن يدون مخالفته) . وبذلك يكون القانون اللبناني قد سمح للقاضي المخالف ان يدون اسباب مخالفته (١٩) ويشار في الحكم القضائي أنه صادر بالاكثرية اوبالاجماع .

وفي القانون السوري نصت المادة ١٩٧ – ١ من قانون اصول المحاكمات على أنه تصدر الأحكام باجماع الآراء او باكثريتها ونصت المادة ١٩٨ منه اذا صدر الحكم بالاكثرية ، فعلى الأقلية ان تدوّن اسباب مخالفتها على محضر المحكمة ولا يثبت هذا الرأي في نسخة الحكم الاصلية ولا ينطق به ، ويجب في جميع الأحوال أن ينص الحكم على صدوره بالأكثرية او بالاجماع .

(١٩) احمد ابو الوفا – اصول المحاكمات اللبناني ص ٦٥٩ الطبعة الثانية ١٩٧٩ – بيروت .

يكون القانون اللبناني قد سمح للقاضي المخالف بتدوين مخالفته ، ويشار في الحكم القضائي أنه صادر بالإجماع او بالأكثرية ، ولكن المخالفة لا تدون في نسخة الحكم الأصلي ولا ينطق بها ، بل تبقى محفوظة في ملف الدعوى .

وبذلك تكون كل من قوانين انكلترا والولايات المتحدة الامريكية ، والاتحاد السوفييتي وباكستان والهند ، واليابان ، وسويسرا وتركيا واستراليا والسويد والنرويج (٢٠) والاردن وسوريا والسعودية ولبنان والعراق تأخذ بمبدأ الرأي المخالف وتسمح للقاضي المخالف بتدوين رأيه بل إن بعضاً منهم يسمح للقاضي المخالف بالنطق بمخالفته .

٨ ـ تطور الأخذ بالرأي المخالف بالقانون العراقي : ـ

كان قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني الصادر في ٢ رجب سنة ١٢٩٦ هـ نافذ المفعول في العراق حتى سنة ١٩٥٦ وقد نصت المادة (١٥) من ذيل هذا القانون على ما يأتي (يحرر الحكم والقرار من قبل الرئيس او أحد اعضاء المحكمة حاوياً فقرات متضمنة على حدة اسباب الرد والقبول في كل من المدعيات والمدافعات التي وردت في لوائح الطرفين والمواد القانونية التي استند عليها ويوقع عليه من قبل الهيئة . وإذا كان ثمة اعضاء مخالفون لهذا القرار يكتبون في ذيل الضبط أسباب مخالفتهم بخط يدهم ويصدقون عليها بتوقيعهم ثم يقرأ رئيس المحكمة الحكم ويفهمه علانية) (٢١) . ويتضح من هذا النص القانوني أنه أجاز تدوين الرأي المخالف للحكم القضائي واشترط

---

(٢٠) Kurt Naclelman, The Judical dissent, American Journal of Compara- tive Low, November 8 Number 4. 1959 p. 420.

(٢١) سليم رستم باز : شرح قانون المحاكمات الحقوقية ص ٣٧٨ طبعة ثالثة ١٩٢ بيروت .

Hooper, Civil Procedure of Iraqi and Palastine p. 98, Basrah.

القانون أن يدوّن بخط القاضي وفي اسفل الحكم او القرار وينطق بالحكم الصادر بالأكثرية . اما المخالفة فلا ينطق بها . ثم صدر بعد ذلك قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ونصت المادة ١٢٨ ـ ٢ منه على ما يأتي (تكون المذاكرة سرّية ولا يجوز ان يشترك فيها إلا حكّام هيئة المحكمة ، ونصت المادة ١٢٩ ـ ٣ منه (توقع هيئة المحكمة على الحكم الذي تصدره بعد أن يدون العضو المخالف اسباب مخالفته قبل تفهيم الحكم للطرفين) وبذلك يكون القانون قد أجاز للقاضي المخالف تدوين مخالفته ، واشترط أن تكون المداولة سرية بين القضاة ثم الغي هذا القانون وصدر القانون النافذ قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ونصت المادة ١٥٨ منه بأن تصدر الأحكام بالاتفاق او باكثرية الآراء . ونصت المادة ١٦٠ ـ ٢ منه ، يدوّن العضو المخالف رأيه واسباب مخالفته ولا ينطق بالمخالفة وتحفظ في إضبارة الدعوى ولا تعطى منهـا صور . ولم يرد بهـذا القانون نص قانوني عـلى وجوب ان تكون المداولة سرية بين القضاة . ويبدو لي ان سبب ذلك هو ان المشرع اعتقد أن هناك تناقضاً بين سرّية المداولة وبين تدوين الرأي المخالف ، بينما لا يوجد تناقض في ذلك لأن سرية المداولة انما تكون اثناء المداولة بين القضاة وليس عند النطق بالحكم علناً لأن القانون هو الذي سمح للقاضي المخالف بتدوين مخالفته التي لا يجوز النطق بها او اعطاء نسخ منها الى الخصوم اوغيرهم ، بل تبقى محفوظة في إضبارة الدعوى .

٩ ـ الخاتمة : ـ

تبين من هذه الدراسة في مختلف القوانين العالمية والعربية أن اكثر القوانين ومنها القانون الدولي العام يأخذ بمبدأ السماح للقاضي المخالف بتدوين رأيه المخالف ؛ ولكن القانون العراقي وإن أجاز ذلك ؛ إلاّ أنه منع النطق بالرأي المخالف او اعطاء صورة منه . ونرى أنه من الافضل السماح للقاضي المخالف

بالنطق برأيه المخالف ونشره في المجموعات القضائية بجانب رأي الأكثرية لأن ذلك يؤدي الى اطمئنان الخصوم من الدعوى ، ويزيد من ثقة المواطنين بأحكام القضاء ؛ ويكشف للناس واقع العمل القضائي ، والصعوبات العملية التي يلاقيها القضاة في تطبيق القانون على وقائع الدعوى ، ويعتبر ضماناً لاستقلال القاضي في رأيه ، ووسيلة تسمح للمواطنين مراقبة عمل كل قاض على حدة ومدى تفهمه للقانون .

والله ولي التوفيق

ضياء شيت خطاب

رئيس محكمة التمييز (سابقاً)

والقاضي في محكمة التحكيم الدولية في لاهاي



الفهرس

الصفحة

الجزء الاول المجلد الخامس والثلاثون

مجلة المجمع العلمي العراقي

اشتريته من شارع المتنبي ببغداد
فــــي 08 / شوال / 1443 هـ
09 / 05 / 2022 م

سرمد حاتم شكر السامرائــي





ربيع الثاني ١٤٠٤ هـ
كانون الثاني ١٩٨٤ م